

Hof van Cassatie van België

Arrest

Nr. P.20.0783.N

I

J L,

beklaagde, aangehouden,

eiser,

met als raadsman mr. Luk Delbrouck, advocaat bij de balie Limburg,

II

K B,

beklaagde, aangehouden,

eiser,

met als raadsman mr. Wahib El Hayouni, advocaat bij de balie Gent,

beide cassatieberoepen tegen

1. **N L,**

burgerlijke partij,

2. **D J**,

burgerlijke partij,

3. **N L** en **D J**, reeds vermeld, in hun hoedanigheid van wettelijke vertegenwoordigers van hun minderjarige kinderen **B L**, **W L** en **J L**,

burgerlijke partijen,

4. **L L**,

burgerlijke partij,

5. **M P**,

burgerlijke partij,

verweerders.

I. RECHTSPLEGING VOOR HET HOF

De cassatieberoepen zijn gericht tegen het arrest van het hof van beroep te Antwerpen, correctionele kamer, van 10 juni 2020.

De eisers voeren elk in een memorie die aan dit arrest is gehecht, twee middelen aan.

De eiser II doet zonder berusting afstand van zijn cassatieberoep in zoverre het gericht is tegen de niet-definitieve beslissing op de burgerlijke rechtsvordering van de verweerder 1.

Raadsheer Erwin Francis heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal Alain Winants heeft geconcludeerd.

II. BESLISSING VAN HET HOF

Beoordeling

Ontvankelijkheid van het cassatieberoep I

1. Uit de stukken waarop het Hof vermag acht te slaan, blijkt niet dat het cassatieberoep is betekend aan de verweerders, zoals nochtans vereist door artikel 429, vierde lid, Wetboek van Strafvordering.

In zoverre gericht tegen de beslissingen op de burgerlijke rechtsvorderingen, is het cassatieberoep niet ontvankelijk.

Eerste middel van de eiser I

2. Het middel voert schending aan van artikel 149 Grondwet: het arrest steunt de schuldigverklaring van de eiser I aan het hem ten laste gelegde feit van poging moord op de vaststelling dat zijn DNA is aangetroffen op een bivakmuts die door een van de daders is gedragen, zonder te antwoorden op zijn verweer dat deze vaststelling onvoldoende bewijs vormt om tot zijn schuld te besluiten; de eiser I heeft aan de hand van een tegenexpertise waarvan hij het verslag aan de appelrechters heeft overgelegd, een onderscheid gemaakt tussen speeksel- en DNA-sporen en heeft aangetoond dat op de bivakmuts slechts oude speekselsporen zijn aangetroffen, zodat er geen sprake is van een recent, uitgebreid en intensief contact met die muts, zoals door de eerste rechter gesteld; de bevindingen van eisers technische raadgever ondersteunen zijn verweer dat het gaat om een hoofddekseel dat de eiser I heeft gedragen als voormalig lid van een motorclub en dat hij bij zijn vertrek in september 2016 heeft moeten teruggeven; het arrest beantwoordt niet eisers verweer en de technische bevindingen waarop dat verweer steunt.

3. Het arrest (p. 28-34) steunt de schuldigverklaring van de eiser I op de volgende redenen:

- uit het feitenrelaas blijkt dat de verweerder 1 de bivakmuts van één van de daders heeft kunnen aftrekken, namelijk van de dader die vervolgens achteraan in de vluchtauto heeft plaatsgenomen;

- die bivakmuts bevat op verschillende plaatsen DNA-sporen van de eiser I;
- de fysieke kenmerken van de eiser I op een foto stemmen overeen met zijn beschrijving door de verweerder 1;
- de eisers en de aanvankelijke medebeklaagde S. onderhielden onderlinge contacten en het gebruikte wapen kan aan hen worden gelinkt;
- de vermelde tegenexpertise laat niet toe te besluiten dat de eiser I niet de drager was van de bivakmuts en is niet van aard afbreuk te kunnen doen aan de vaststellingen en besluiten voortvloeiend uit het DNA-onderzoek;
- de stelling van de eiser I dat hij de bivakmuts vroeger zou hebben gedragen als lid van een motorclub en dat ze opzettelijk ter plaatse is achtergelaten om de eiser I te incrimineren, is ongeloofwaardig: de muts is wel degelijk afgetrokken door de verweerder 1 en dus niet achtergelaten, zij vertoont geen enkel bijzonder kenmerk van de motorclub zodat er voor de eiser I geen reden was om ze bij zijn vertrek te moeten teruggeven en het is ongeloofwaardig dat ze sinds september 2016 niet meer zou zijn gereinigd of gewassen;
- het geheel van de door het arrest vermelde elementen in hun onderlinge samenhang beschouwd laten geen twijfel erover bestaan dat de eiser I is opgetreden als uitvoerder van de schietpartij.

4. Uit die redenen blijkt dat de appelrechters de schuldigverklaring van de eiser I steunen op het geheel van de vermelde bewijselementen en dat zij zijn verweer over het vroegere gebruik van de bivakmuts verwerpen. Aldus beantwoorden zij dat verweer, zonder dat zij moesten antwoorden op eisers aanvoeringen over de ouderdom van de teruggevonden speekselsporen, die slechts argumenten ter ondersteuning van dat verweer, maar geen zelfstandig verweer uitmaakten.

In zoverre kan het middel niet worden aangenomen.

5. De rechter moet niet antwoorden op een stuk, maar enkel op een bij conclusie gevoerd verweer waaruit een bepaald rechtsgevolg wordt afgeleid. Bijgevolg verplicht het feit dat een beklaagde een verslag van zijn technische raadgever aan de rechter overlegt, deze laatste niet om daarop bijkomend te antwoorden.

In zoverre het middel uitgaat van het tegendeel, faalt het naar recht.

Tweede middel

6. Het middel voert schending aan van artikel 6.2 EVRM en artikel 149 Grondwet: het arrest steunt de veroordeling van de eiser I wegens poging moord eveneens op een eigen beoordeling door de appelrechters van zijn persoonsbeschrijving door de verweerder 1 in vergelijking met zijn foto; zij beantwoorden niet het verweer van de eiser I dat de verweerder 1 hem expliciet niet heeft herkend als één van zijn belagers bij de fotoherkenning van 26 november 2018 en motiveren niet waarom een uiterst beknopte en bijzonder generieke persoonsbeschrijving als “*papperig*” en “*struis*” volstaat om de eiser I aan te duiden als de derde belager van de verweerder 1; bovendien steunt het arrest de veroordeling van de eiser I op een geheel van dubbele negaties, verwijzend naar dossierelementen waaruit de onschuld van de dader niet blijkt.

7. In zijn appelconclusie (p. 12, nr. 29) heeft de eiser I enkel aangevoerd: “*Maar ook haar echtgenoot, [de verweerder 1], herkent [de eiser I] niet in een fotoconfrontatie van 26 november 2018 als één van zijn belagers*”.

8. Het arrest (p. 29) oordeelt: “*Uit de verklaring van [de verweerder 1] blijkt dat de uitvoerder van de schietpartij aan wiens bivakmuts hij getrokken had een “struise man”, “een papperige” betrof, die niet sportief was (...). Deze beschrijving stemt overeen met [de eiser I] op voormelde foto van 7 augustus 2017.*”

Met die redenen stellen de appelrechters hun eigen oordeel over de uiterlijke kenmerken van de eiser I in de plaats van het vermelde verweer van deze laatste. Aldus verwerpen en beantwoorden zij dat verweer.

In zoverre mist het middel feitelijke grondslag.

9. De appelrechters die de schuld van de eiser I hebben afgeleid uit een geheel van door hen opgesomde belastende bewijselementen zoals vermeld in het antwoord op het eerste middel, hebben deze motivering in antwoord op het verweer van die eiser I vervolledigd door punt per punt de elementen te weerleggen waaruit hij het gebrek aan bewijs van zijn schuld afleidde. Daarmee hebben zij het vermoeden van onschuld niet miskend.

In zoverre kan het middel niet worden aangenomen.

10. Voor het overige komt het middel in werkelijkheid op tegen de onaantastbare beoordeling van de feiten door de appelrechters en is het niet ontvankelijk.

Eerste middel van de eiser II

11. Het middel voert in al zijn onderdelen schending aan van artikel 6.1 en 6.3.d EVRM en artikel 14.1 en 14.3.e IVBPR, alsmede miskennis van de algemene rechtsbeginselen van het recht op een eerlijk proces en het recht op tegenspraak.

Eerste onderdeel

12. Het onderdeel voert aan dat het arrest rekening houdt met de belastende verklaringen van de aanvankelijk medebeklaagde S. zonder in te gaan op het verzoek van de eiser II om S. ter rechtszitting te horen; in zoverre het arrest (p. 14) daarbij oordeelt dat rekening moet worden gehouden “*met het tijdsverloop sedert het plegen van de feiten wat de betrouwbaarheid van een getuigenverklaring kan aantasten*” en daaruit afleidt dat er ernstige redenen voorliggen om S. niet te horen, zonder na te gaan of deze getuige om feitelijke of juridische redenen verhinderd wordt om te getuigen, is het niet naar recht verantwoord.

13. Het arrest leidt het oordeel dat er ernstige redenen bestaan om S. niet als getuige ter rechtszitting te horen niet enkel af uit de bekritiseerde reden, maar ook uit de zelfstandige reden vermeld in het antwoord op het tweede onderdeel.

Het onderdeel dat die zelfstandige reden niet in de kritiek betreft, kan niet tot cassatie leiden en is bijgevolg niet ontvankelijk.

Tweede onderdeel

14. Het onderdeel voert aan dat het arrest weigert S. ter rechtszitting te horen wegens het bestaan van ernstige vrees voor de eisers, terwijl het de schuldigverklaring van de eiser II steunt op die verklaringen; het stelt echter niet vast dat de tijdens het strafonderzoek door S. geuite vrees nog steeds aanwezig was op het moment van de rechtszitting en evenmin dat die vrees ten aanzien van de eiser II objectief gerechtvaardigd was op grond van precies bewijs; evenmin stelt het vast

dat er geen enkel alternatief voorhanden was om het ondervragingsrecht nog op enige wijze te waarborgen.

15. Of de rechter die zich over de gegrondheid van de strafvordering moet uitspreken verplicht is een persoon, die tijdens het vooronderzoek een voor een beklagde belastende verklaring heeft afgelegd, te horen als getuige indien die beklagde daarom verzoekt, moet worden beoordeeld in het licht van het door artikel 6.1 EVRM en 14.1 IVBPR gewaarborgde recht op een eerlijk proces en het door artikel 6.3.d EVRM en artikel 14.3.e IVBPR gewaarborgde recht om getuigen à charge te ondervragen of te doen ondervragen. Wezenlijk daarbij is of de tegen de beklagde gevoerde strafvervolgning in haar geheel beschouwd eerlijk verloopt, wat niet uitsluit dat de rechter niet alleen rekening houdt met het recht van verdediging van die beklagde, maar ook met de belangen van de samenleving, de slachtoffers en de getuigen zelf.

16. Uit de vermelde verdragsbepalingen volgt in de regel dat het tegen een beklagde aangevoerde bewijs hem wordt voorgelegd tijdens een openbare rechtszitting, hij dit bewijs moet kunnen tegenspreken en hem in beginsel de gelegenheid moet worden gegeven een tijdens het vooronderzoek gehoorde persoon die een belastende verklaring heeft afgelegd, als getuige ter rechtszitting te ondervragen.

17. Artikel 6.1 en 6.3.d EVRM, zoals uitgelegd door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, vereist dat om een belastende verklaring van een tijdens het vooronderzoek gehoorde persoon als bewijs in aanmerking te nemen, zonder dat de beklagde de gelegenheid had die persoon als getuige op de rechtszitting te ondervragen, de rechter nagaat of:

(i) er ernstige redenen zijn voor het niet-horen van de getuige, dit wil zeggen feitelijke of juridische gronden die de afwezigheid van de getuige op de rechtszitting kunnen verantwoorden;

(ii) de belastende verklaring het enige of doorslaggevende element is waarop de schuldigverklaring steunt, waarbij onder doorslaggevend wordt verstaan bewijs dat dermate belangrijk is dat het aannemelijk is dat dit het resultaat van de zaak heeft bepaald;

(iii) er voor het niet-kunnen ondervragen van de getuige voldoende compenserende factoren zijn met inbegrip van sterke procedurele waarborgen.

18. In de regel zal de rechter de impact op het eerlijk proces van het niet-horen op de rechtszitting van een getuige die tijdens het vooronderzoek een belastende verklaring heeft afgelegd, beoordelen aan de hand van de drie voormelde criteria en in de vermelde volgorde. Dit sluit niet uit dat de beoordeling van een criterium de beoordeling van de andere criteria kan versterken, vervolledigen of verduidelijken.

19. Het staat aan de rechter om rekening houdende met de voormelde criteria onaantastbaar te oordelen of het niet-horen op de rechtszitting van een getuige die tijdens het vooronderzoek een voor de beklaagde belastende verklaring heeft afgelegd, diens recht op een eerlijk proces in zijn geheel beschouwd miskent. De rechter moet zijn beslissing steunen op concrete omstandigheden die hij aanwijst.

20. Het Hof gaat na of de rechter uit zijn vaststellingen geen gevolgen trekt die daarmee geen verband houden of op grond daarvan niet kunnen worden verantwoord.

21. Wanneer de ogenschijnlijke vrees van een getuige voor de beklaagde of met de beklaagde in verband staande personen van zulke aard is dat die vrees een ernstige reden kan zijn om de getuige niet ter rechtszitting te horen, moet de rechter onderzoeken of er objectieve en dus door bewijselementen ondersteunde gegevens zijn die deze vrees rechtvaardigen en of er geen haalbare alternatieven zijn.

22. Als ernstige redenen om S. niet ter rechtszitting als getuige te horen wijst het arrest (p. 13-14) onder meer op het risico van beïnvloeding, intimidatie, bedreiging en zelfs geweld, gelet op het feit dat zowel de eiser I als de eiser II banden blijken te hebben met een specifiek motorclubmilieu dat gewelddadig gedrag niet schuwt. Het oordeelt verder dat er bij S. een ernstige vrees bestond voor de uitvoerders van het schietincident, wat in het bijzonder blijkt uit een getapt en in het arrest geciteerd telefoongesprek van 22 juni 2017, waarbij S. liet verstaan voor zijn kinderen en ex-vrouw te vrezen.

Aldus vermeldt het arrest objectieve redenen waaruit het wettig kan afleiden dat er tot op het moment van de rechtszitting ernstige redenen waren om S. niet te confronteren met de eiser II en dat het niet weren van de verklaringen van S. geen afbreuk doet aan de eerlijkheid van het proces in zijn geheel.

In zoverre kan het onderdeel niet worden aangenomen.

23. Uit geen enkel stuk waarop het Hof vermag acht te slaan, blijkt dat de eiser II voor de appelrechters heeft aangevoerd dat artikel 6.1 en 6.3.d EVRM of artikel 14.1 en 14.3.e IVBPR vereist dat de rechter die oordeelt dat er ernstige redenen zijn voor het niet-horen van een getuige ter rechtszitting, alternatieven onderzoekt om het ondervragingsrecht ter rechtszitting alsnog te waarborgen. Evenmin blijkt dat de eiser II aan de appelrechters heeft gevraagd om bepaalde alternatieven te onderzoeken. Bij afwezigheid van dergelijk verweer of verzoek moet het arrest daarover geen uitdrukkelijke motivering bevatten.

In zoverre kan het onderdeel eveneens niet worden aangenomen.

Derde onderdeel

24. Het onderdeel voert aan dat het arrest ten onrechte oordeelt dat er voor het niet kunnen ondervragen van S. voldoende compenserende factoren bestaan; het feit dat de eiser II de mogelijkheid heeft gehad om met S. te worden geconfronteerd en het feit dat de eiser II over diens verklaringen tegenspraak heeft kunnen voeren, volstaat niet; het arrest stelt nergens vast dat de eiser II de concrete mogelijkheid heeft genoten om vragen te stellen of doen stellen aan S. in een daadwerkelijk georganiseerde confrontatie; dergelijke confrontatie was des te meer vereist gelet op de aard en de omvang van het door de eiser II gevoerde onschuldverweer.

25. Compenserende factoren voor het niet kunnen ondervragen van een getuige kunnen onder meer bestaan in het voorliggen van bewijsmateriaal dat de inhoud van de tijdens het vooronderzoek afgelegde verklaring ondersteunt of bevestigt, de gelegenheid die de beklaagde had om tijdens het vooronderzoek of ter rechtszitting de getuige te ondervragen of te doen ondervragen en de mogelijkheid voor de beklaagde om zijn standpunt kenbaar te maken op het vlak van de geloofwaardigheid en de betrouwbaarheid van de getuige of interne strijdigheden in die verklaring of strijdigheid met verklaringen van andere getuigen.

26. De rechter dient geen getuigenverhoor te bevelen van een medebeklaagde die verschijnt op dezelfde rechtszitting als de beklaagde ten aanzien waarvan die medebeklaagde belastende verklaringen heeft afgelegd. De beklaagde kan immers aan de rechter vragen ter rechtszitting met de medebeklaagde te worden geconfronteerd en kan daar alle vragen voorstellen of opmerkingen maken om de belas-

tende verklaringen te weerleggen of ze te doen aanpassen of verduidelijken. Daarvoor is geen formeel verzoek van de beklaagde vereist noch een formele beslissing van de rechter. De rechter kan rekening ermee houden dat de beklaagde op een vroegere rechtszitting in de gelegenheid is geweest om een dergelijke confrontatie te vragen of aan te gaan, maar dat niet heeft gedaan.

In zoverre het onderdeel uitgaat van een andere rechtsopvatting, faalt het naar recht.

27. Met eigen en van het beroepen vonnis overgenomen redenen oordeelt het arrest dat:

- na de weigering van de onderzoeksrechter om een confrontatieverhoor te organiseren, de eiser II geen verzoekschrift in de zin van artikel 61*quinquies* Wetboek van Strafvordering heeft neergelegd strekkende tot een dergelijk verhoor;
- de eiser II de mogelijkheid heeft gehad om te worden geconfronteerd met S. ter gelegenheid van de rechtszitting van de eerste rechter van 5 juni 2019;
- S. op die rechtszitting zijn verklaringen ten aanzien van de eiser II blijkt te hebben gehandhaafd;
- de eiser II op die rechtszitting de gelegenheid heeft gekregen om zijn verdediging te voeren over de belastende verklaringen van S. waarmee hij werd geconfronteerd;
- de appelrechters de schuldigverklaring van de eiser II niet enkel gronden op de verklaringen van S., maar in het bijzonder ook op de resultaten van het telefonieonderzoek, de verklaring van D.J. en de fotoherkenningen afgetoetst aan overige dossier-elementen.

Op grond van die redenen en deze vermeld in het antwoord op het eerste en tweede onderdeel kan het arrest wettig oordelen dat voldaan is aan alle criteria, met inbegrip van het bestaan van voldoende compenserende factoren, om rekening te kunnen houden met de belastende verklaringen van S. zonder hem ter rechtszitting te moeten horen en kan het wettig eisers desbetreffende verzoek afwijzen.

In zoverre kan het onderdeel niet worden aangenomen.

28. Voor het overige verplicht het onderdeel tot een onderzoek van feiten waarvoor het Hof geen bevoegdheid heeft en is het niet ontvankelijk.

Tweede middel

29. Het middel voert schending aan van artikel 6.1 EVRM, artikel 14.1 IVBPR en artikel 149 Grondwet: het arrest beantwoordt niet de specifieke grief van de eiser II dat de zaak niet in staat is omwille van het feit dat er onvoldoende onderzoek werd gevoerd om de derde dader juist te identificeren; aldus kan het Hof ook zijn wettigheidstoezicht niet uitoefenen.

30. De rechter moet niet antwoorden op een stuk, maar enkel op een in een conclusie gevoerd verweer.

31. Uit de stukken waarop het Hof vermag acht te slaan, blijkt dat de raadsman van de eiser II op de rechtszitting van de appelrechters van 22 april 2020, waarop de zaak in beraad is genomen, onder meer een document, genaamd “*Misdaadanalyse inzake [de eiser II]*” heeft neergelegd en die neerlegging heeft aangekondigd in een brief aan de appelrechters van 17 april 2020, waarin wordt meegedeeld: “*Tevens heb ik nog een nota gemaakt die ik als stuk zou willen neerleggen ter zitting (het betreft geen conclusie)*”.

32. Het arrest (p. 20) moet dat stuk niet beantwoorden en kan derhalve volstaan met de reden dat geen enkel element of argument van de eiser II uiteengezet in dat stuk pertinent is of afbreuk kan doen aan zijn schuldigverklaring. Dit belet het wettigheidstoezicht van het Hof niet.

In zoverre kan het middel niet worden aangenomen.

33. Voor het overige is het middel afgeleid uit de vergeefs aangevoerde onwettigheid en is het niet ontvankelijk.

Ambtshalve onderzoek

34. De substantiële of op straffe van nietigheid voorgeschreven rechtsvormen zijn in acht genomen en de beslissingen zijn overeenkomstig de wet geweest.

Dictum

Het Hof,

Verleent akte van de gevraagde afstand van het cassatieberoep II.

Verwerpt de cassatieberoepen voor het overige.

Veroordeelt de eisers tot de kosten van hun cassatieberoep.

Bepaalt de kosten in het geheel op 83,60, euro, waarvan de eisers I en II elk 41,80 euro verschuldigd zijn.

Dit arrest is gewezen te Brussel door het Hof van Cassatie, tweede kamer, samengesteld uit raadsheer Filip Van Volsem, als waarnemend voorzitter, de raadsheren Peter Hoet, Erwin Francis, Sidney Berneman en Steven Van Overbeke, en in openbare rechtszitting van 13 oktober 2020 uitgesproken door waarnemend voorzitter Filip Van Volsem, in aanwezigheid van advocaat-generaal Alain Winants, met bijstand van griffier Kristel Vanden Bossche.